Die Zulässigkeit der Aufrechnung nach Rechtskraft des Urteils

mit Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Kasimir Gutsche.

Breslau 1910.

Druck von Th. Schatzky G. m. b. H., Neue Graupenstrasse 5.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. Leonhard.
Correferent: Prof. Dr. Schott.
Dekan: Prof. Dr. Schott.

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet.

Disposition.

Seite

§ 1. **Einleitung** 11

I. Teil. **Geschichtliche Entwickelung.**

§ 2. Römisches Recht 13
§ 3. Gemeines Recht 18
§ 4. Preussisches Recht 21
§ 5. Die neueste Zeit bis 1879:
a) Die bürgerliche Prozessordnung für Hannover 24
b) Entwürfe 25

II. Teil. **Heutiges Recht.**

§ 6. A. Die Aufrechnungsmöglichkeit an sich nach einem rechtskräftigen Urteil:
I. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches 27
II. Der rechtliche Charakter der zivilistischen und prozessualen Aufrechnung 28
III. Die Wirkung der Aufrechnung gegenüber dem Vollstreckungstitel 41
§ 7. B. Die Vollstreckungsgegenklage:
I. Der Begriff der „Einwendung“ 42
II. Die Aufrechnungserklärung ist der Grund, auf dem die Einwendung beruht 44
III. Schluss. Allgemeine Erwägungen 47

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0200

Literatur.

1. **Abraham:** Geltendmachung der Aufrechnung und anderer Eingriffsrechte in der Vollstreckungsinstanz, 1902.
2. **Archiv** für bürgerliches Recht, Bd. 21.
3. **Archiv** für zivilistische Praxis, Bd. 3, 7, 23, 72, 88, 102.
4. **Badische Rechtspraxis,** 1900.
5. **Bethmann-Hollweg:** Römischer Zivilprozess, 1864.
6. **Cosack:** Das Bürgerliche Recht, 1903.
7. **Crome:** System des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902.
8. **Danz:** Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Prozesses, 1795.
9. **Dernburg:** Geschichte und Theorie der Kompensation, 1868.
10. — Pandekten, 1903.
11. — Preussisches Privatrecht, 1897.
12. — Das Bürgerliche Recht, 1905.
13. **Deutsche Juristenzeitung,** 1899.
14. **Eck:** Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von R. Leonhard, 1903.
15. **Endemann:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1903.
16. **Engelmann:** Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 1906.
17. — Der Zivilprozess, 1889 ff.
18. **Enneccerus-Lehmann:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1908.
19. **Entscheidungen** des Obertribunals, Bd. 4.
20. **Entscheidungen** des Reichsgerichts, Bd. 2, 7, 11, 12, 15, 38, 63, 64.
21. **Entwurf** einer allgemeinen deutschen Zivilprozessordnung, 1866.
22. **Entwurf** einer Prozessordnung für den preussischen Staat, 1864.
23. **Entwurf** einer Zivilprozessordnung für den norddeutschen Bund.
24. **Falkmann:** Zwangsvollstreckung, 1888.
25. **Fischer:** Recht und Rechtsschutz, 1888.
26. — Preussisches Privatrecht, 1886.
27. **Fischer-Henle:** Handkommentar zum B. G. B., 1906.
28. **Fitting:** Der Reichszivilprozess, 1893.
29. **Friedenthal:** Einwendung und Einrede (Fischers Abhandl.), 1898.
30. **Förster-Eccius:** Preussisches Privatrecht, 1892.
31. **Förster-Engelmann:** Kommentar zur Z. P. O., 1908.
32. **Gaupp-Stein:** Kommentar zur Z. P. O., 1906—08.

33. **Geib:** Theorie der gerichtlichen Kompensation, 1897.
34. — Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im Zivilprozess (Fischers Abhandl.), 1909.
35. **Gesterding:** Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, 1827.
36. **Girard:** Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt von Mayr, 1908.
37. **Gönner:** Handbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses, 1804.
38. **Gruchots Beiträge,** Bd. 25, 42.
39. **Hellwig:** Anspruch und Klagerecht (Fischers Abhandl.), 1900.
40. — Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 1908.
41. **Hiersemenzel:** Ergänzungen und Erläuterungen zum A. L. R., 1854.
42. **Hommel:** Ueber materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen, 1892.
43. **Iherings Jahrbücher,** Bd. 32, 43.
44. **Juristische Wochenschrift** 1894, 95, 97, 98, 1901, 02, 04.
45. **Keller:** Römischer Zivilprozess, 1883.
46. **Koch:** Preussischer Zivilprozess, 1848.
47. **Kohler:** Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess, 1894.
48. — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1906.
49. — Das Bürgerliche Recht in Holtzendorfs Enzyklopädie.
50. — Der deutsche Zivilprozess in Holtzendorfs Enzyklopädie.
51. **Kretschmar:** Ueber die Entwickelung der Kompensation im römischen Rechte, 1907.
52. **Kritische Vierteljahresschrift,** Bd. 40.
53. **Kuhlenbeck:** Handkommentar zum B. G. B., 1903.
54. **Leonhard, Fr.:** Aufrechnung, 1896.
55. **Leonhard, R.:** Institutionen des römischen Rechts, 1894.
56. — Artikel „compensatio" in Pauly-Wisswa: Realenzyklopädie der klassischen Altertümer, 1901.
57. **Leonhardt:** Die bürgerliche Prozessordnung für Hannover, 1867.
58. **Liebknecht:** Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Rechte, 1898.
59. **Linde:** Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, 1850.
60. **Matthias:** Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 1900.
61. **Mitteis:** Römisches Privatrecht I, 1909.
62. **Motive** zum B. G. B.
63. **Motive** zum Entwurf einer Prozessordnung für den preussischen Staat, 1864,
64. **Neumann:** Handkommentar zum B. G. B., 1903.
65. **Nussbaum:** Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse (Fischers Abhandl.), 1908.
66. **Oertmann:** Das Recht der Schuldverhältnisse, 1906.
67. **Planck:** Kommentar zum B. G. B., 1901.
68. — Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1891.

69. **Pietsch:** Geltendmachung der Aufrechnung in der Zwangsvollstreckungsinstanz mit Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung, 1908.
70. **Posener Monatsschrift,** Bd. 3.
71. **Sächsisches Archiv,** Bd. 7, 8.
72. **Schmid:** Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, 1843.
73. **Schmidt:** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1898.
74. **Schollmeyer:** Das Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
75. **Seufferts Archiv** für Entscheidungen, Bd. 39, 44.
76. **Seuffert:** Kommentar zur Z. P. O., 1904—05.
77. **Siber:** Kompensation und Aufrechnung, 1899.
78. **Sintenis:** Das gemeine praktische Zivilrecht, 1868.
79. **Stammler:** Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
80. **Stampe:** Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris iudicium, 1886.
81. **Staudinger:** Kommentar zum B. G. B., 1901.
82. **Struckmann-Koch:** Kommentar zur Z. P. O., 1900.
83. **Sydow-Busch:** Handkommentar zur Z. P. O., 1905.
84. **Voët:** Pandektenkommentar, 1698.
85. **Wach:** Handbuch des Zivilprozessrechts, 1885,
86. **Weismann:** Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 1903—05.
87. **Wetzell:** System des ordentlichen Zivilprozesses, 1878.
88. **Wilmowski-Levy:** Kommentar zur Z. P. O., 1889.
89. **Windscheid-Kipp:** Pandekten, 1900.
90. **Zeitschrift** für Zivilprozess, Bd. 13, 20, 22, 24, 26, 27, 29.
91. **Zeitschrift** der Savigny-Stiftung, Bd. 40.

Verzeichnis der in der Arbeit gebrauchten Abkürzungen:

1. nur mit dem Namen des Verfassers werden zitiert:
   Abraham: Geltendmachung der Aufrechnung . . .
   Dernburg: Geschichte und Theorie der Kompensation.
   Hommel: Ueber materiellrechtliche Einwendungen . . .
   Pietsch: Geltendmachung der Aufrechnung . . .
2. sonstige Abkürzungen:

A. f. b. R.	=	Archiv für bürg. Recht.
A. f. z. P.	=	Archiv für zivil. Praxis.
Badische R. P.	=	Badische Rechtspraxis.
D. J. Z.	=	Deutsche Juristenzeitung.
O. Tr.	=	Entscheidungen des Obertribunals.
R. G.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts.
Gruchots B.	=	Gruchots Beiträge.
Iherings J.	=	Iherings Jahrbücher.
J. W.	=	Juristische Wochenschrift.
K. V. J. S.	=	Kritische Vierteljahresschrift.
P. M.	=	Posener Monatsschrift.
S. A.	=	Sächsisches Archiv.
Z. Z. P.	=	Zeitschrift für Zivilprozess.

§ 1.

Einleitung.

Die Aufrechnung gehört im B. G. B. zu den Erlöschungsgründen der Schuldverhältnisse. Nach § 388 B. G. B. tritt die Tilgung der Forderungen nicht schon mit dem Gegenübertreten zweier kompensablen Forderungen ein, sondern erst dann, wenn zu dieser Situation noch eine Erklärung eines Teiles an den anderen hinzukommt, dann aber ex tunc § 389. Somit verlangt die vollzogene Aufrechnung zweierlei: Aufrechnungsmöglichkeit und Aufrechnungserklärung. Die letztere ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne der §§ 130 ff. B. G. B. Es kann sowohl mit als auch gegen den Willen des anderen Teiles aufgerechnet werden, wenn nur die Aufrechnungsmöglichkeit da ist. — Eine Frist für die Abgabe der Erklärung ist — mit einer Ausnahme: § 357 B. G. B. — nicht gesetzt, kann doch nach § 390 trotz Verjährung der Forderung aufgerechnet werden. Wir haben also hier das Prinzip:

„es besteht für die Aufrechnung keine Zeitgrenze".

Zwar erhebt das B. G. B. die aussergerichtliche Aufrechnung zur Regel, doch ist damit der Fall nicht ausgeschlossen, dass der Schuldner sie erst im Prozess vollzieht. Soll sie dann im Urteil berücksichtigt werden, so muss sie bis zur letzten mündlichen Verhandlung § 278 Z. P. O. vorgebracht werden. Geschieht dies bis zu dem eben erwähnten Zeitpunkte nicht und wird das ergangene Urteil rechtskräftig, so kollidiert mit dem oben festgestellten materiellrechtlichen Prinzip das prozessuale Prinzip der Rechtskraft. Durch das Urteil soll nämlich einerseits der bisher zwischen den Parteien streitige Rechtszustand geklärt

werden, anderseits aber das rechtskräftige Urteil — von den ausserordentlichen Rechtsmitteln sei hier abgesehen — für immer unanfechtbar sein.

Wie gestaltet sich nun die Sachlage, wenn die beiden diametralen Prinzipien zusammentreffen? Nehmen wir folgenden Fall: A. ist dem B. 500 Mark schuldig, wird verklagt und verurteilt. Nachher — das Urteil ist schon rechtskräftig geworden — findet A., dass er eine Forderung gegen B. in Höhe von 300 Mark hatte und somit im Prozess aufrechnen konnte. Wir fragen nun:

> Kann der verurteilte Schuldner trotz der Rechtskraft des Urteils noch mit Forderungen aufrechnen, die schon zur Zeit seiner Verurteilung bestanden, oder hat er bereits sein Recht verloren?

Bevor wir diese Frage nach heutigem Rechte beantworten, werfen wir einen kurzen Blick auf den Standpunkt der früheren Rechte.

I. Teil.

Geschichtliche Entwickelung.

§ 2.

Römisches Recht.

Die Anfänge der Kompensation, im B. G. B. Aufrechnung genannt,[1]) finden wir im römischen Rechte. Das Wort „compensatio“ ist ein bildlicher Ausdruck, von der Wage entlehnt.[2]) Wie zwei gleiche Gewichte, die auf den beiden Seiten der Wage stehen, sich nicht vernichten, sondern nur gegenseitig ihre Schwerkraft hemmen, so entkräften sich allerdings auch die gegenüberstehenden gleichartigen Schulden, heben sich aber erst dann auf, wenn ein Richterspruch oder ein Aufrechnungsvertrag sie völlig vernichtet. Compensatio ist also die Ausgleichung entgegengesetzter Dinge, die einander aufwiegen, im engeren Sinne bezeichnet sie die Ausgleichung einer Forderung wider eine Gegenforderung. Das verbum compensare bedeutet nach Fr. Leonhard eine Tilgungstätigkeit, richtiger scheint uns aber die Deutung R. Leonhards zu sein, wonach compensare nur die Hervorhebung der Tatsache bedeutet, dass Anspruch und Gegenanspruch sich aufwiegen. Sonst könnten die Quellen nicht besagen „creditor compensare non cogitur“, „quamvis creditor compensare velit“,[3]) da im römischen Rechte der index durch seinen Urteilsspruch und nicht die Partei die Tilgungstätigkeit

---

[1]) Mit der römischen compensatio ist sie nicht identisch, weil sie ein Schuldtilgungsgrund und ein Rechtsgeschäft ist.

[2]) Vgl. R. Leonhard, Artikel „compensatio“ in Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie.

[3]) l. 18 D. 16, 2, vgl. auch l. 5 eodem.

ausübte; compensari endlich bedeutet einen Zustand der einander gegenüberstehenden Ansprüche.

Diese Entkräftung oder Lähmung der Forderungen hatte den praktischen Erfolg, dass der redliche Gegner nach Rücksprache mit dem anderen oder ohne weiteres sich für bezahlt erklärte, während der bösgläubige sich wohl hütete, den anderen zu verklagen, weil dann der Beklagte einredeweise den Richter um Berücksichtigung seiner Gegenforderung im Urteil ersuchen konnte. Eine andere praktische Wirkung war die, dass Zinsen nicht mehr gezahlt zu werden brauchten. — Von dieser compensatio ist die Kompensationseinrede, exceptio compensationis, der Antrag auf richterliche Tilgung, zu scheiden; die compensatio an sich war immer zulässig, die exceptio nur im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften, weil sie sonst missbraucht werden und zu Prozessverschleppungen führen könnte.

Wir wollen jetzt kurz die Schicksale der exceptio compensationis schildern, um dann auf unseren Fall einzugehen.

Die starre Form des Legisaktionsprozesses, der eine Zeit primitiver Verhältnisse beherrschte, kannte eine exceptio compensationis nicht. In dieser Zeit schaffte nur der wirkliche, augenscheinliche Empfang des Schuldobjektes dem Gläubiger das Bewusstsein der Befriedigung, dem Schuldner die Sicherheit der Liberation.[1]) Doch möglich ist es, wenigstens in der Zeit des Absterbens des Legisaktionsverfahrens, dass indirekt kompensiert wurde, indem der Prätor bei Geltendmachung eines Gegenanspruches seitens des Beklagten die actio denegierte.[2]) Als dann mit der fortschreitenden Entwickelung der Gedanke aufkam, überflüssiges Hin- und Herzahlen zwischen Leuten, die zugleich debitor und creditor waren, zu vermeiden, als man durch zwei formale Akte, acceptilationes, die Forderungen tilgte und so den

[1]) Dernburg. S. 15,

[2]) Vgl. Lenel, über die Stellung des Prätor im Legisaktionenverfahren, Z. d. Sav.-St. Bd. 40; Mitteis, Römisches Privatrecht I, S. 45 ff.

Aufrechnungsvertrag[1]) in Form des gegenseitigen Erlassvertrages schuf, musste das Formularverfahren diese neue Erscheinung berücksichtigen. Den Anfang macht es in den besonders gearteten Klagen des argentarius, der nur cum compensatione, und des bonorum emptor, der cum deductione zu klagen hatte.[2]) Mit Einführung der bonae fidei iudicia wurde auch die exceptio compensationis in weiterem Masse zugelassen.[3]) Der iudex, der zu entscheiden hatte, quidquid dare facere oportet ex fide bona, hatte das Recht, Forderungen ex eadem causa zu compensieren, — hierzu brauchte keine exceptio doli in der formula zu stehen, denn doli exceptio bonae fidei iudiciis inest —, er hatte das Recht, nicht die Pflicht,[4]) also hatte der Beklagte kein Kompensationsrecht. Unzulässig war zu dieser Zeit eine Kompensation bei stricti iuris actiones, denn bei den streng einseitigen stricti iuris negotia kann von konnexen, dem gleichen Rechtsverhältnisse entspringenden Gegenforderungen nicht die Rede sein.[5]) Der Prätor half aber dem Beklagten dadurch, dass er in die formula eine exceptio doli einsetzte, wenn der Beklagte sich auf ein debitum seitens des Klägers berief; gelang der Beweis für das Bestehen der Forderung des Beklagten, so wurde die Klage abgewiesen.[6]) Erst seit Marc Aurel et in

[1]) Gegen diesen Fr. Leonhard, Aufrechnung, S. 21 ff.; dafür die allgemeine Meinung, vgl. Dernburg, S. 16, 265; Liebknecht, Kompensationsvollzug . . ., S. 3 ff.

[2]) Caius IV, 61 ff.

[3]) Die grossen Widersprüche der Quellenstellen bezüglich der Kompensation im Formularverfahren überhaupt, vgl. Paulus, sent. II. 5, 3, Caius, IV, 63, § 30 J. 4, 6 und § 39 J. 4, 6, will R. Leonhard, sich besonders auf Paulus, sent. stützend, dahin deuten, dass zwei Arten von Kompensation, ante iudicia und in iudiciis, gemeint sind. cfr. Artikel „compensatio“ l. c.

[4]) Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur; ideo officio iudicis contineri creditur. Caius IV, 63.

[5]) Dagegen geht R. Leonhard auf die causa stipulationis zurück, und findet so Forderungen ex eadem causa, vgl. Artikel „compensatio“ l. c.

[6]) Einige Autoren (Dernburg, S. 176, Kretschmar, Entwickelung der Komp., S. 10 ff., Liebknecht l. c., S. 17) sind der Ansicht, dass schon

strictis iudiciis opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur.[1]) Bei den streng einseitigen Rechtsgeschäften, wie sie die stricti iuris negotia waren, sind nur Forderungen ex dispari causa möglich, es ist also wahrscheinlich, dass vorher noch als vermittelnder Uebergang Kompensation bei bonae fidei iudicia auch ex dispari causa zulässig war, und dass man dann erst die Kompensation auf den ungünstigen Boden der stricti iuris actiones übertrug.[2]) Es führte seit Marc Aurel die exceptio doli, die vorher nur zur völligen Abweisung der Klage führte, unmittelbar die Kompensation herbei.[3]) Justinian hat endlich durch seine constitutio[4]) die Kompensation allgemein[5]) zugelassen, auch bei dinglichen Klagen.

Die Tilgung der Forderungen erfolgte nach römischem Rechte nicht sine facto hominis, wie der Glossator Martinus Gosia[6]) das ipso iure compensari falsch interpretierend behauptete, sondern hing vom Willen der Parteien ab, wie es die Quellenstellen „si velis" u. a. bezeugen. Die Tilgung konnte nur im Prozesse erfolgen[7]) und zwar durch den Richter; der Antrag auf richterliche Tilgung die exceptio compensationis, war eine exceptio peremptoria, die schon mit dem Augenblicke entstand, wo die Kompensabilität eintrat.[8]) Zu dieser gehörte aber, dass die Forderungen gegen-

vor M. Aurel noch in „gewissen" anderen Fällen der stricti iuris actiones als des bonorum emptor und argentarius Kompensation stattfand, immerhin sind aber diese Fälle nur Ausnahmen.

[1]) § 30 J. de act. 4, 6.

[2]) A. M. Dernburg, S. 244; Liebknecht l. c., S. 19; Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation, S. 5.

[3]) So die herrschende Meinung: Dernburg, S. 186; Siber, Kompensation, S. 6; Stampe, Kompensationsverfahren . . ., S. 74.

[4]) l. 14 C. 4, 31.

[5]) Ausnahme: actio depositi.

[6]) Der Begründer der „absoluten" Theorie, die auch Code civil Art. 1290 angenommen hat: la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs.

[7]) Nach Fr. Leonhard l. c., S. 12 ff., erfolgte auch in ältester Zeit die Kompensation durch eine einseitige Erklärung; seine Ausführungen hat zutreffend Eck „als sehr lehrreich, aber nicht überzeugend" bezeichnet.

[8]) Dernburg, Pandekten, S. 176.

seitig,[1]) gleichartig[2]) und fällig,[3]) sowie keiner peremptorischen Einrede unterworfen[4]) waren. Dagegen war die Liquidität nach herrschender Ansicht nur in der Exekutionsinstanz erforderlich.[5])

Diese exceptio compensationis müsste an sich wie jede andere exceptio spätestens bei der litis contestatio vorgebracht werden, wenn sie nicht präkludiert werden sollte. Die litis contestatio konsumierte nämlich den materiellen Anspruch, mit ihr entstand ein Anspruch des Klägers auf condemnari des Beklagten und mit dem Urteil auf iudicatum facere.[6]) Es konnten also Einreden, welche gegen den materiellen Anspruch gingen, nicht mehr nach der litis contestatio vorgebracht werden. Da in unserem Falle der Schuldner bis zur l. contestatio die exceptio comp. nicht vorgebracht hat, so könnte prinzipiell jetzt nach Rechtskraft des Urteils seine Forderung nicht mehr berücksichtigt werden und der siegreiche Kläger könnte den Prätor mit der a. iudicati um die Zwangsvollstreckung angehen. Man wich aber im römischen Rechte vom Prinzip ab und gestattete dem exsequendus, gewisse exceptiones aus dem an sich konsumierten Anspruchs gegen die a. iudicati zu erheben. Eine solche privilegierte Einrede war neben den exceptiones S. C. Macedoniani und Velleiani[7]) auch die exc. compensationis, denn l. 2 C. IV, 31 besagt ausdrücklich:

> „eum qui iudicati convenitur compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est."

„Es könnte nun zuvörderst die Frage entstehen, ob hier nicht von einer Gegenforderung die Rede ist, die erst nach der rechtskräftigen Entscheidung entstanden ist; da aber die Stellen allgemein reden, so sind sie auch allgemein

[1]) l. 9 C. IV, 31.
[2]) Caius IV, 66, 6.
[3]) l. 7 D. 16, 2.
[4]) l. 14 D. 16, 2.
[5]) Vgl. Tellkampf im A. f. z. P. 23, 314; Schmid, Handbuch II, 52.
[6]) Caius III. 180.
[7]) l. 11 D. 14, 6.

zu verstehen."[1]) Erhob also in unserem Falle der exsequendus die exc. compensationis, so kam es zu einem novum iudicium, das über die exceptio entschied: war sie unbegründet, so traf den Beklagten die poena dupli, war sie begründet, so wurde dem Kläger die Vollstreckungsbefugnis abgesprochen.

§ 3.

Gemeines Recht.

Auf derselben materiellen Grundlage wie das römische Recht steht auch das gemeine Recht,[2]) doch haben wir uns auch hier mit der Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung nach Rechtskraft des Urteils zu beschäftigen und müssen deshalb auf das Prozessrecht eingehen. In diesem unterscheiden wir nach dem Vorgange Gönners[3]) zwei Perioden: von der Errichtung des Kammergerichts bis zum Jüngsten Reichsabschied (J. R. A.) von 1654 und die Folgezeit.

Vor 1654 liess auch das gemeine Recht nach dem Urteil Einwendungen zu, aber nicht nur diejenigen, die erst nach der Zeit der Urteilsfällung entstanden waren, sondern auch — dem römischen Rechte folgend und es sogar in der Zahl übertreffend[4]) — sog. „privilegierte" oder „befreite" Einreden, bei denen es auf den Zeitpunkt der Entstehung und die Möglichkeit der Geltendmachung im Prozess nicht ankam. Zu den letzteren gehörte auch die exceptio compensationis.

Tiefgreifende Aenderungen schuf hierin der J. R. A. von 1654, der für das Prozessverfahren klare und feste Grundsätze aufstellte und die privilegierten Einreden beseitigte.

[1]) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, S. 212.

[2]) Die gemeinrechtliche Doktrin hatte sich daran gewöhnt, die compensatio als einen Schuldtilgungsgrund anzusehen und nahm dies dann auch für das römische Recht an; durch diesen Fehler wurde das Verständnis der Kompensation im röm. R. bis in die neuere Zeit hinein sehr erschwert; vgl. § 2 der Arbeit.

[3]) Handbuch I, 160.

[4]) Vgl. Linde, Lehrbuch, § 208 n. 5.

Als die Zeit, während der Einwendungen alle auf einmal — also Eventualmaxime — bei Strafe der Präklusion vorgebracht werden mussten, bezeichnet § 37 J. R. A. den ersten Termin der Klagebeantwortung, es heisst nämlich dort:

> „es soll der Zitierte und Beklagte in primo termino erscheinen und in diesem Termine uff die Klagen kurtz, nervose und deutlich — was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles uff einmal bei Straff der Präklusion einbringen."

Ergänzend und abschwächend zugleich bestimmt § 78 J. R. A., dass Einwendungen, die erst nach diesem Termin entdeckt oder entstanden sind, nicht präkludiert werden, also wohl später vorgebracht werden können. Da der Beklagte aber schon einmal mit seinen Einwendungen ausgeschlossen ist, so kann er nur durch restitutio in integrum — von der das Gesetz allerdings nicht spricht — sich den Weg zum Vortrage solcher Einreden bahnen.[1]) Es würde dies eine restitutio propter nova reperta sein.[2]) — Alle diese Regeln gelten auch für die Kompensation.[3])

Im direkten Widerspruch zum J. R. A. steht die Praxis des gemeinen Rechts;[4]) während der § 37 ausdrücklich bestimmte, dass alle Einwendungen verloren gingen, wenn sie nicht alle auf einmal im ersten Termine der Klagebeantwortung vorgebracht würden, arbeitet die Praxis, wahrscheinlich einem praktischen Bedürfnis folgend, weiter mit privilegierten Einreden, die nicht verloren gingen. Denn man war einerseits der Ansicht, dass durch den J. R. A. nur die Regel des römischen Rechts, nicht die Ausnahmen — was doch die privilegierten Einreden waren — beseitigt seien.[5]) Nun schliesst aber die Fassung des § 37 J. R. A. „alle auf einmal" alle Ausnahmen aus, ihre Annahme ist also un-

---

[1]) Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, S. 227.
[2]) Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, S. 684.
[3]) Vgl. Dernburg, S. 533.
[4]) Vgl. Danz, Grundsätze des gem. Prozesses, § 186 n. e., § 189.
[5]) Gesterding l. c., S. 225.

gerechtfertigt, wie dies auch von einigen Schriftstellern des gemeinen Rechts zugegeben wird.[1]) Anderseits wollte man die privilegierte Stellung der Kompensationseinrede im besonderen noch durch ihren Vergleich mit der Zahlung begründen.[2]) In der Exekutionsinstanz musste das Erfordernis der Liquidität gewahrt sein; man stellte nun Kompensation mit völlig liquiden Forderungen der Zahlung gleich, und da der Beklagte auch nach Rechtskraft des Urteils zahlen könne, so könne er auch kompensieren[3].) Diese Ansicht finden wir auch in einem Pandektenkommentar aus dem Jahre 1698, dessen Verfasser der Leydener Professor Johannes Voet ist; unter den Vorbemerkungen zu D. 16, 2 antwortet er auf die Frage: „an compensatio iure civili hodierno post sententiam opponi posse in executione?“ folgendermassen:

> „longeque magis post sententiam ad impediendam executionem eius compensationis obiectio permissa est. Quod et hodiernis moribus servari aequum videtur eo quod per compensationis allegationem non tam impugnetur sententia quam potius reus condemnatus ei acquiescere ac obtemperare paratum sese profitetur. Si enim naturali solutione eius, ad quod damnatus est, iudicio satisfaciat, non minus satisfaciat debiti liquidi compensationem offerendo.“

Also nihil interest, solvat an penset! Doch fährt er weiter unten fort: „contra quidem in Hollandia iudicatum esse refert Neostadius.“ Also keine Uebereinstimmung der Ansichten! — In Wirklichkeit lassen sich auch Zahlung und Kompensation im gemeinen Rechte nicht gleichstellen;[4]) wird die exceptio compensationis geltend gemacht, so wird hier-

[1]) Gesterding eodem; Linde l. c., § 208; Gensler im A. f. z. P. 3, 209; Gönner l. c. I, 165 ff.

[2]) Vgl. c. 4 C. 4, 31.

[3]) Vgl. Schmid l. c. III, 344, II, 54; Hasse im A. f. z. P. 7, 205: „dass man die Natur der Kompensation, welche das römische Recht so bestimmt anerkannt hat, durch eine solche im allgemeinen gehaltene Vorschrift habe abschaffen wollen, ist unglaublich . . . Zwar als Einrede gegen die Klage ist sie nicht mehr zuzulassen, wohl aber loco solutionis.“

[4]) Vgl. Dernburg, S. 358 ff.

mit der Klageanspruch angegriffen, sie ist eine peremptorische Einrede, wird dagegen die Zahlung geltend gemacht, so wird der Klageanspruch im besten Sinne des Wortes bejaht, von einer Einrede kann man gar nicht sprechen. Somit fällt auch diese zweite Begründung der bevorzugten Stellung der Kompensationseinrede im gemeinen Rechte fort.

Jedoch ist das zu berücksichtigen, dass die fortgesetzte Rechtsprechung der Gerichte jedenfalls Gewohnheitsrecht ist und zwar consuetudo contra legem, das die widersprechenden Bestimmungen des § 37 J. R. A. beseitigte.

§ 4.

Preussisches Recht.

Das A. L. R. von 1794 behandelt die Kompensation in I, 16, 300—377. Zur Kompensabilität der Forderungen gehört Gegenseitigkeit § 302, Gleichartigkeit und zwar dem Gegenstande, nicht dem Rechtsgrunde nach §§ 343, 346, Fälligkeit § 346 und Vollgiltigkeit[1]) beider Forderungen. Bei der prozessualen Geltendmachung der Kompensation musste zu diesen materiellrechtlichen Erfordernissen noch Liquidität hinzutreten, §§ 359—62. — Bestritten ist die Frage, wodurch die Kompensation eigentlich erfolge.

Die eine Theorie sagt: ipso iure, d. h. schon durch das Gegenübertreten zweier kompensablen Forderungen; sie stützt sich auf die §§ 301, 375 und die Gesetzesrevisoren.[2])

Die andere Theorie sagt: erst durch eine zu der Kompensabilität tretende Erklärung, die sowohl in eine Prozesseinrede gekleidet — dies war der regelmässige Weg — als auch aussergerichtlich erfolgen konnte; sie stützt sich auf § 302: „es kann“ (analog dem römischen si velis), § 300: „durch gegenseitige Anrechnung“, was eine Tätigkeit er-

[1]) Vgl. R. G. II, 130.

[2]) Pens. XIV, 132: „die Kompensation ist ein Erlöschen gegenseitiger Verbindlichkeiten, welches durch den Umstand, dass von zwei Personen jede der anderen gleichmässig verpflichtet ist, von selbst herbeigeführt wird.“

fordert, und auch auf ein Reskript des Justizministers vom 3. VIII. 1840.[1])

Diese zweite, m. E. auch richtige, Ansicht war die herrschende[2]) und ihr ist die Praxis konsequent gefolgt.[3]) Es wurde stets eine Willenserklärung der Partei gefordert und § 301 statuierte rückwirkende Kraft der Tilgung auf den Augenblick der Koexistenz der beiden Forderungen zurück.

Die Kompensationserklärung erfolgte im früheren preussischen Recht unbedingt, im späteren — als auch aussergerichtliche Kompensation durch die Praxis zugelassen wurde[4]) — der Regel nach durch Einrede,[5]) die allen anderen gleichstand;[6]) wurde sie also in der Klagebeantwortung nicht geltend gemacht, so war dies Verteidigungsmittel nach § 303 A. L. R. „ohne weitere Entsagung" für die Partei verloren: durch die Versäumnis des Einwandes verlor der Beklagte aber nur das Kompensationsrecht, nicht die Forderung selbst.[7])

Zum Thema führt uns A. L. R. I, 16, 384 zurück:

> „welche Arten der Einwendungen auch nach erfolgter rechtskräftiger Entscheidung gebraucht werden können, bestimmt die Prozessordnung."

Zunächst die Allgemeine Gerichtsordnung (A. G. O.) von 1793.

[1]) Dort heisst es: „es beruht auf einem Missverständnisse des Grundsatzes, dass die Kompensation ipso iure eintritt, wenn das Kollegium daraus folgert, dass sie ohne Zutun der Parteien erfolge. Die Kompensation ist ein Recht, wovon man Gebrauch machen kann, aber nicht muss."

[2]) Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, S. 591; Geib, Theorie der gerichtlichen Komp., S. 321 ff.

[3]) z. B. O. Tr. IV, 208.

[4]) Vgl. R. G. XI, 118.

[5]) Dernburg, Preussisches Privatrecht, S. 257; Förster-Eccius l. c., S. 600.

[6]) Koch, Preussischer Zivilprozess, S. 359.

[7]) Förster-Eccius l. c., S. 602.

In weiterer Ausführung des § 66[1]) Einleitung zur A. G. O. schliesst § 35 I, 25 A. G. O. allgemein alle Einwendungen in der Exekutionsinstanz aus, aber schon der folgende § 36 statuiert eine Ausnahme:

> „es finden also gegen die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils nur die Einwendungen der Zahlung, Kompensation, Erlasses wie nicht minder des Vergleiches insoweit statt, als durch letztere die Schuld verringert oder eine längere Zahlungsfrist bewilligt worden ist."

Der § 36 spricht „allgemein", er bestimmt nichts darüber, wann die Einwendung entstanden sein muss, um berücksichtigt werden zu können; doch Aufschluss gibt uns § 152 Anhang zur A. G. O., nach dem es keinen Unterschied macht, ob der Grund dieser Einwendung vor oder nach der Rechtskraft des zu vollstreckenden Urteils eingetreten ist. — Die Kompensation ist also unbedingt in jedem Stadium des Verfahrens zugelassen.[2])

Da aber diese Vorschriften der A. G. O. „den Bedürfnissen der Rechtspflege nicht mehr entsprachen",[3]) wurde die Verordnung „über Exekution in Zivilsachen" vom 4. III. 1834 erlassen.[4]) Der hier in Betracht kommende § 6 bestimmte:

> „die Einwendungen der Zahlung, Kompensation und des Vergleiches hemmen die Exekution nur alsdann, wenn sie liquide sind und die Tatsachen, auf welche sie gegründet sind, sich erst nach geschlossener Instruktion der Sache ereignet haben oder erst nach diesem Zeitpunkt zur Kenntnis des Schuldners gelangt sind."

[1]) „Ein unter den gesetzmässigen Erfordernissen gefälltes rechtskräftiges Urteil sichert also den, der es erstritten hat, für immer wider alle ferneren Anfechtungen seines Gegners."

[2]) Dernburg, Kompensation, S. 534, Anm. 1.

[3]) Einleitung zur Verordnung vom 4. III. 34.

[4]) Vgl. Koch l. c., S. 584.

Die Liquidität musste durch „Urkunden, Eideszuschiebung oder solche Zeugen, deren unverzüglicher Abhörung kein Hindernis entgegensteht“ bewiesen werden.[1])

Es wurde somit die Kompensationseinrede, die bisher so allgemein zugelassen wurde, jetzt sehr beschränkt; zu betonen wäre, dass im Gegensatz zur heutigen Z. P. O. die Nichtkenntnis des Schuldners von seiner Gegenforderung billigkeitshalber zum nachträglichen Vorbringen berechtigt. Sind die Erfordernisse des § 6 erfüllt, so wird die Kompensation gegenüber der Judikatsklage in Form einer Einrede geltend gemacht und der Schuldner vereitelt damit die Zwangsvollstreckung.

§ 5.

Neueste Zeit bis 1879.

Wir kommen nunmehr zu den Kodifikationen und Entwürfen, die den gemeinen Zivilprozess umbildeten und das Fundament für unsere Reichszivilprozessordnung vom 30. I. 1877 abgaben. Wir heben hier kurz hervor, dass nach dem Vorbilde des Code de procedure civile von 1806 die Zwangsvollstreckung, die bisher dem Gerichte oblag, besonderen Beamten übertragen wurde und auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde erfolgte. Infolgedessen mussten auch die Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung eine andere Behandlung erfahren wie in dem bisherigen Rechte.[2])

a) Hannoveranische bürgerliche Prozessordnung vom 8. XI. 1850.

Die Zwangsvollstreckung findet vor allem statt aus rechtskräftigen Urteilen § 528 Z. 1[3]) und ist den Gerichtsvögten überwiesen § 531.[4]) Das Verfahren darf erst be-

[1]) § 3 Verordnung vom 1. VI. 1833.

[2]) Vgl. Hommel, S. 8.

[3]) Vgl. auch Z. 2—4.

[4]) Dort heisst es noch: „der richterlichen Mitwirkung bedarf es dabei nur insoweit, als solche bei einzelnen Arten der Zwangsvollstreckung ausdrücklich vorgeschrieben ist.“

ginnen, wenn seit dem Zahlungsgebot — d. h. der Aufforderung des Gerichtsvogtes an den Schuldner, zu zahlen § 535 — acht Tage verflossen sind § 536.

Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung müssen binnen dieser achttägigen Präklusivfrist geltend gemacht werden § 574 und „die Sistierung der Zwangsvollstreckung kann nur verlangt werden, sobald 1. die Einwendungen des Schuldners durch Augenschein, Urkunden oder Eideszuschiebung sofort liquide gemacht werden und 2. wenn sie, soweit sie gegen den aus einem rechtskräftigen Urteil verfolgten Anspruch gerichtet sind, noch auf eine nach dem zu vollstreckenden Urteil eingetretenen Tilgung sich beziehen." § 575, 576.

Die privilegierten Einreden sind beseitigt!

b) Entwürfe.

1. Hannoveranischer Entwurf 1866.

Er beruht im wesentlichen auf der hannoveranischen Prozessordnung von 1850. Nach § 660 steht die Leitung des Verfahrens dem Gerichtsvollzieher zu. Dieses beginnt mit dem vom Gerichtsvollzieher erlassenen Befriedigungsgebot § 665. Bei den Einwendungen gegen den zu vollstreckenden Anspruch ist die achttägige Fristbestimmung weggefallen, ebenso das Erfordernis der Liquidität. Die Einwendungen mussten die Erlöschung des Anspruches betreffen und auf einem nach Erlass des zu vollstreckenden Schuldtitels entstandenen Grunde beruhen § 683; sie sind im Wege der Klage geltend zu machen. §§ 684 ff.

2. Preussischer Entwurf 1864.

Nach § 1018 ist der Widerspruch des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gericht geltend zu machen, von dem das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt wurde. Von Einwendungen — Kompensation ist besonders angeführt — sind nur solche mög-

lich, die nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urteil entstanden sind § 1029.[1])

3. Der norddeutsche Entwurf 1868—70.

Die Zwangsvollstreckung erfolgt vor allem aus Endurteilen § 883 und liegt dem Gerichtsvollzieher ob § 908. Nach § 916 sind „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach Erlassung des Urteils entstanden sind. Dies gilt insbesondere von Kompensation . . .“ Die Einwendungen sind nach § 915 im Wege der Klage geltend zu machen.

4. Die drei deutschen Entwürfe

von 1871, 72, 74 enthalten dieselbe Behandlung der Einwendungen wie der norddeutsche Entwurf: wir brauchen deshalb nicht näher auf sie einzugehen, sondern gehen, damit den ersten, geschichtlichen Teil abschliessend, zum zweiten Teile der Arbeit über, um die im § 1 der Arbeit gestellte Frage nach heutigem Rechte zu entscheiden.

[1]) Motive, S. 253: „Der § 1029 spricht sich im ersten Absatze gegen die Zulässigkeit der sog. privilegierten Einreden aus, soweit dieselben bereits vor der Entscheidung entstanden sind, ihre Geltendmachung sich also mit den Grundsätzen der res iudicata nicht verträgt.“

II. Teil.

Heutiges Recht.

§ 6.

A. Die Aufrechnungsmöglichkeit an sich nach einem rechtskräftigen Urteil.

I. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Nach B. G. B.[1]) werden zwei sich gegenüberstehende Forderungen erst dann getilgt, wenn zu der Aufrechnungsmöglichkeit[2]) noch die Aufrechnungserklärung hinzutritt, welche dann bewirkt, dass die Forderungen schon mit dem Augenblicke der Koexistenz für erloschen gelten §§ 387, 388.

Die Aufrechnungserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die sich nach den §§ 130—132 B. G. B. richtet. Die Erklärung kann aussergerichtlich: zivilistische und im Prozess: prozessuale Aufrechnung erfolgen. Die materielle Wirkung ist in beiden Fällen dieselbe, in beiden Fällen werden nämlich die Forderungen getilgt. Allerdings kann die prozessuale Aufrechnung, wie schon der Name besagt, nur solange erfolgen, als der Prozess im Gange ist, also bis zum rechtskräftigen Urteil. Immer ist

[1]) Dem Wortlaute nach bezeichnet „Aufrechnung" eine blosse Denktätigkeit, eine Berechnung, der die tilgende Kraft zunächst nicht wesentlich ist; nach B. G. B. ist sie aber ein Schuldtilgungsgrund. cfr. Ecks Vorträge, S. 360.

[2]) Diese verlangt, wie in früheren Rechten, dass die Forderungen gegenseitig, gleichartig und fällig sind, sowie dass sie wirksam bestehen, § 387; demnach ist Aufrechnung mit Naturalobligationen ausgeschlossen.

dagegen die zivilistische Aufrechnung zulässig, weil die Aufrechnung[1]) materiell keine Zeitgrenze kennt.[2])

II. Der rechtliche Charakter der zivilistischen und prozessualen Aufrechnung.

Ihrem rechtlichen Charakter nach ist die Aufrechnung des B. G. B. ein Rechtsgeschäft, denn sie ist eine Privatwillenserklärung, die auf Aufhebung des bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtet ist; nach der bekannten Definition sind aber „Privatwillenserklärungen, die auf Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind, Rechtsgeschäfte.

Eine andere Ansicht vertritt nur Lippmann, der den rechtsgeschäftlichen Charakter der Aufrechnung leugnet.[3]) Er meint: „Die Aufrechnungserklärung kann nach B. G. B. auch ausserhalb des Prozesses erfolgen, hat also nicht die Einredenatur. Allein folgt daraus, dass die Kompensationserklärung keine Einredenatur haben soll, positiv eine rechtsgeschäftliche Natur derselben? Jeder Kompensationsakt beginnt mit der Erklärung des Schuldners, nicht zahlen zu wollen. Liegt aber in der Tat in dieser Erklärung ein rechtsgeschäftliches Handeln?“ Man muss zugeben: „nein.“

„Und wie die Erklärung der Zahlungsverweigerung nichts Rechtsgeschäftliches hat, so auch nicht die Erklärung, mit einer Forderung aufrechnen zu wollen.“

Diese Schlussfolgerung ist jedoch nicht richtig, denn die Erklärung, mit einer Forderung aufrechnen zu wollen, hat den Zweck, das bestehende Schuldverhältnis aufzuheben, und hat somit rechtsgeschäftlichen Charakter.

Da der Schuldner in der Vorbringung der Aufrechnung materiell an keine Zeitschranke gebunden ist, kann er sie

[1]) Obwohl das B. G. B. ausdrücklich von keinem Aufrechnungsvertrage spricht, ist auch nach heutigem Rechte ein solcher zulässig und wirksam, da wir das Prinzip der Vertragsfreiheit haben; es können sogar bei ihm mancherlei Schranken fallen, z. B. das Erfordernis der Fälligkeit. Vgl. Ecks Vorträge, S. 360.

[2]) Vgl. Kohler, Z. Z. P. 24, 22 und § 1 der Arbeit.

[3]) Iherings J. 32, 217.

auch dann erst, wenn er verklagt wird, im Prozess vorbringen. Welchen Charakter hat aber diese Aufrechnung im Prozess? Darüber herrscht Streit, wir unterscheiden drei Ansichten:

1. die im Prozess vorgebrachte Aufrechnungserklärung ist nur Rechtsgeschäft,
2. sie ist nur Prozesshandlung,
3. sie ist Rechtsgeschäft und Prozesshandlung zugleich.

Bevor wir zu diesen Theorien Stellung nehmen, wollen wir den Begriff der Prozesshandlung feststellen, um dann zu untersuchen, ob die prozessuale Aufrechnung unter diesen Begriff fällt. Diese scheinbare Abschweifung vom Thema rechtfertigt ein Hinweis auf unseren Fall: der verklagte Schuldner hat von seiner Aufrechnungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht und sich verurteilen lassen; das Urteil wurde auch rechtskräftig. Nun schliesst aber ein rechtskräftiges Urteil alle Prozesshandlungen aus, die während des Prozesses hätten erfolgen können. Dieses Schicksal müsste auch die prozessuale Aufrechnung teilen, wenn sie eine Prozesshandlung wäre.

Das Gesetz gibt uns keinen Aufschluss über den Begriff der Prozesshandlung und auch die Wissenschaft ist darin nicht einig.

1. man geht vom Prozesssubjekt aus und sagt:
   „alle Handlungen, welche die Prozesssubjekte vornehmen, sind Prozesshandlungen.“[1])

Diese Definition ist aber einerseits zu unbestimmt, anderseits zu eng; zu unbestimmt, denn sie besagt nichts näheres: a) welche „alle“ Handlungen der Prozesssubjekte Prozesshandlungen sind, doch wohl nicht Beleidigung des Richters, Körperverletzung usw., b) „wo“ sie vorgenommen werden müssen, im Prozess oder auch ausserhalb desselben, c) in welchem Verhältnis sie zum Prozessverfahren - mittelbar oder unmittelbar — stehen müssen, — zu eng, denn Handlungen des Richters sind zweifellos Prozesshandlungen, obwohl er kein Prozesssubjekt ist.

---

[1]) Wach, Handbuch, S. 24.

2. man nimmt die Form zur Grundlage:

„Prozesshandlungen sind alle Handlungen, die in prozessualer Form vorgenommen werden müssen."[1])

Mit Recht sagt dazu Walsmann,[2]) die Form sei immer etwas rein Aeusserliches und Willkürliches, sie kann vom Gesetz bei einigen Handlungen vorgeschrieben seien, bei anderen wieder nicht; anderseits kann der Charakter der Prozesshandlung auch deshalb nicht durch die Form allein bestimmbar sein, da Handlungen, die infolge Formverletzung, z. B. mangelnder Prozessfähigkeit der Partei, mangelnder Vollmacht des Vertreters, nichtig, also keine Prozesshandlungen sind, durch nachträgliche Heilung zu solchen werden können.

3. man bringt die Prozesshandlung in Beziehung zum Prozess und definiert:

„Prozesshandlungen sind diejenigen Handlungen, aus denen sich der Prozess als Ganzes zusammensetzt."[3])

Diese Definition, die zwar in ihrer Allgemeinheit richtig ist, ist doch zu unbestimmt, denn man fragt gleich, aus „welchen" Handlungen setzt sich der Prozess zusammen? Gehören Zeugenaussagen, Streitverkündung, Aufrechnung dazu oder nicht? Auf diese Fragen gibt die Definition keine Antwort.

4. man geht von der Wirkung aus:

„Prozesshandlungen sind Handlungen, die eine prozessuale Wirkung herbeizuführen geeignet sind."[4])

Diese Definition kommt dem Richtigen schon näher, ist aber zu unbestimmt; haben doch so manche Handlungen,

[1]) Frank, Z. Z. P. 13, 223: „Ebensowenig wird aber denjenigen Handlungen die Giltigkeit abgesprochen, die nicht unter den Begriff der Prozesshandlungen fallen. Das sind aber diejenigen, deren Vollzug keine prozessuale Form verlangt.

[2]) A. f. z. P. 102, 8.

[3]) Weismann, Lehrbuch I, 296; Wilmowski-Levy, Kommentar, § 52, 2.

[4]) Struckmann-Koch, Kommentar, § 54.

die nach allgemeiner Ansicht keine Prozesshandlungen sind, doch eine prozessuale Wirkung; wir nennen nur beispielsweise Tod einer Partei § 239 Z. P. O., des Anwalts § 244, einen Krieg § 245 Z. P. O., die zur Unterbrechung des Verfahrens führen.

5. man geht vom Zweck aus und definiert z. B.:

a) „Prozesshandlungen sind solche Handlungen, die nach der Prozessordnung zum Zweck gerichtlicher Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten oder gerichtlicher Realisierung verletzter Privatrechte vorzunehmen sind.“[1])

Doch ist diese Definition zu verwerfen, da auch die Zurücknahme der Klage eine Prozesshandlung ist, aber nicht unter den so gefassten Begriff fällt.

b) „jede Handlung des Beklagten, durch die er zum Ausdruck bringt, dass er den unantastbaren Bestand des klägerischen Rechtes leugne, ist Prozesshandlung.“[2])

Diese Fassung ist zu eng; einerseits spricht sie nur von Handlungen des Beklagten, anderseits kann nach ihr z. B. das Anerkenntnis keine Prozesshandlung sein, was aber doch anzunehmen ist.[3])

c) „Prozesshandlungen sind diejenigen Handlungen, die auf den Betrieb des Prozessverfahrens gerichtet sind.“[4])

Diese Fassung ist an sich richtig, aber zu weit, denn nach ihr würde eine Informationsreise der Partei Prozesshandlung sein.

d) genauer und richtiger erscheint uns die Fassung Walsmanns:

[1]) Küntzel in Gruchots B. 25, 327.

[2]) Abraham, S. 34; Pietsch, S. 35.

[3]) So Wach l. c., S. 577; Weismann l. c. I, S. 81, 104; Seuffert, Kommentar, § 54; Wolf im A. f. z. P. 88, 186; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 157.

[4]) So oder doch ähnlich: Weismann, Z. Z. P. 26, 17; Wolf l. c, 88, 187; Gaupp-Stein, Kommentar, § 54; Hellwig, Lehrbuch II, 321; auch Wach l. c., S. 576 und Engelmann, Zivilprozess, S. 51 ff., betonen scharf den Zweck.

„Prozesshandlungen sind alle Handlungen, die unmittelbar auf den Betrieb des Prozesses gerichtet sind und diesen Zweck nach geltendem Prozessrecht unmittelbar zu dienen vermögen."[1])

Danach kann eine Informationsreise der Partei keine Prozesshandlung sein, da sie nur mittelbar auf den Betrieb des Prozesses gerichtet ist; auch nicht die Verletzung des Richters, da sie „nach geltendem Prozessrecht diesem Zweck" nicht unmittelbar zu dienen vermag.

Wir werden das hier gewonnene Resultat gleich verwerten, indem wir jetzt näher auf die drei oben erwähnten Theorien über den Charakter der prozessualen Aufrechnung eingehen.

I. Die erste Theorie, die auch hier vertreten werden soll, behauptet:[2])

„Wo auch immer die Aufrechnungserklärung abgegeben wird, stets bleibt sie nur Rechtsgeschäft; also auch im Prozess bewahrt sie ihren rechtsgeschäftlichen Charakter und wird nicht Prozesshandlung."

Wie sollte auch der blosse Umstand, dass sie im Gerichtssaal abgegeben wird, sie gleich zur Prozesshandlung stempeln? Dann müsste ja auch so manches andere eben deswegen zur Prozesshandlung werden, von dem wir ohne weiteres annehmen, dass es keine Prozesshandlung ist, z. B. die im Gerichtssaal vorgenommene Erfüllung, Vertragsofferte, Beleidigung usw. Wohl war die Kompensationseinrede nach früherem Rechte eine Prozesshandlung; nach B. G. B. ist aber die Aufrechnung keine Einrede,[3]) sie erzeugt

[1]) A. f. z. P. 102, 22.

[2]) Vertreten durch: Planck, Kommentar, § 388; Förtsch, S. A. 7, 404; Gruchots B. 42, 226; D. J. Z. 1899, 489; Neumann, Handkommentar, § 387; Siber, Kompensation . . ., S. 112 ff.; Nussbaum, Prozesshandlungen, S. 72; Geib, Rechtsschutzbegehren . . ., S. 185 ff.; Fr. Leonhard, Aufrechnung, S. 14; R. Leonhard in Ecks Vorträgen, S. 373 n. 4; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 388; Enneccerus, Lehrbuch, S. 471; Kuhlenbeck, Handkommentar, § 388.

[3]) Diese ist „das Recht, eine Leistung zu verweigern", dazu berechtigt die Aufrechnungssituation nicht.

erst, wenn sie vollzogen wird, die Einwendung der Tilgung. Es sind also die Aufrechnungserklärung und die auf sie gegründete Einwendung scharf zu scheiden; die erstere ist nur materielles Rechtsgeschäft, die zweite nur Prozesshandlung. Ganz besonders ist diese scharfe Scheidung dann zu beachten, wenn im Prozess aus praktischen Rücksichten das materielle Rechtsgeschäft und die darauf gegründete Einwendung äusserlich zu einer Erklärung zusammgefasst werden. — Doch wird unsere Konstruktion scharf angegriffen; man nennt sie eine heillose Künstelei, die zu absurden Konsequenzen führe,[1]) auch eine theoretische Spaltung des „einheitlichen" Vorganges,[2]) die aufs Entschiedenste abzulehnen sei.

Nun wohl, das sind leere Phrasen; zur Begründung unserer Konstruktion dient vor allem der unzweideutige Text des Gesetzes selbst. § 529 Z. P. O. besagt:

> „macht der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend, so ist die hierauf gegründete Einwendung . . ."

Dagegen können zwar die Gegner keinen begründeten Widerspruch erheben, setzen sich aber ganz unbegründet über diese Gesetzesbestimmung hinweg.[3]) Sie bekämpfen unsere Ansicht mit dem Hinweis auf B. G. B. § 209 Z. 3 und § 215.[4]) „Grade diese Bestimmung, sagt Wach, der Hauptvertreter dieser gegnerischen Ansicht,[5]) beweist die Sonderstellung der prozessualen Aufrechnung gegenüber der rechtsgeschäftlichen. Denn mit ihr ist ausgesprochen, dass überhaupt der Prozess sich erledigen kann ohne Erledigung der Aufrechnung, mag die Klage als an sich unzulässig oder unbegründet abgewiesen, mag sie zurückgenommen oder der Prozess durch Vergleich ohne Eingehen auf die Gegen-

[1]) Seuffert, Kommentar, § 145, 4a.

[2]) Gaupp-Stein, Kommentar, § 145, VI b.

[3]) Z. B. Abraham, S. 53: „Da wir an den Wortlaut der Z. P. O. gemäss unseren Deduktionen nicht gebunden sind"; Gaupp-Stein l. c., § 145, VI b; auch Pietsch, S. 41, obwohl er im I. Teile seiner Arbeit die Praxis des gem. Rechtes so scharf verurteilte, weil sie sich über § 37 J. R. A. hinwegsetzte.

[4]) Vgl. Walsmann im A. f. z. P. 102, 122.

[5]) Z. Z. P. 27, 14.

forderung sein Ende gefunden haben.“ Doch kann man, m. E., diesen Sinn in den beiden erwähnten Paragraphen nicht finden, wie dies auch die folgende Untersuchung zeigen wird.

§ 209 B. G. B. besagt:

„Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurteils Klage erhebt. Der Erhebung der Klage steht gleich:

. . . 3. Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozess.“

Nach § 215 dauert diese Unterbrechung fort, bis der Prozess rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist.[1] Es ist davon auszugehen, dass die Aufrechnungserklärung die beiden Forderungen vernichtet; wenn also im Prozess der Schuldner die Aufrechnung geltend macht, so vernichtet er die Forderungen, kann also unmöglich ihre Verjährung unterbrechen, da sie seit dem Augenblicke der Koexistenz nicht mehr bestehen. Sonst wäre der § 209 eine contradictio zu § 388, die das Gesetz unmöglich gewollt haben kann. Es lässt sich aber § 209 Z. 3 auf andere Weise rechtfertigen. Denn der verklagte Schuldner kann im Prozess zuerst einwenden, die Forderung sei schon durch Erfüllung, Erlass oder ähnliches untergegangen, sollte aber die Beweisaufnahme ihr Bestehen bejahen, so mache er die Aufrechnung mit einer ihm zustehenden Forderung geltend; die Klage wird wegen eines vom Schuldner bewiesenen Erlasses abgewiesen, die Aufrechnung kam gar nicht zur Geltung, es war dies nur ein Fall der Eventualaufrechnung: der Beklagte gibt nicht schon ohne weiteres die tilgende Erklärung ab, vernichtet also nicht die Forderungen, kann somit wohl durch Androhung der eventuellen Aufrechnung die Verjährung unterbrechen. Eine Eventualaufrechnung ist zulässig, da sie unter einer conditio iuris abgegeben wird, und da conditiones iuris keine wahren Bedingungen sind, so verstösst die Eventualaufrechnung nicht gegen § 388 B. G. B.[1]

[1]) Vgl. die Kommentare von Planck, sowie Staudinger, § 209, § 215; auch Eccius in Gruchots B. 42, 34.

Es ist also anzunehmen, dass § 209 Z. 3 und § 215 eine „ohne Erfolg" geltend gemachte Eventualaufrechnung voraussetzen, demnach keine wirkliche Aufrechnung mit dem Effekte der sofortigen Tilgung; somit stehen die beiden Paragraphen nicht im Widerspruch mit den §§ 387 ff., und der Einwand der Gegner, dass das Gesetz eine Abart der Aufrechnung, nämlich Aufrechnung im Prozess, kennt und besonders behandelt, ist widerlegt.[1])

Es wird auch von den Gegnern zugegeben, dass die hier vertretene Auffassung logisch nicht unmöglich ist, aber vor den Konsequenzen scheut man zurück![2])

Vor allem handelt es sich um die Anwendung des § 81 Z. P. O., ob die Prozessvollmacht des Anwalts auch die Abgabe der Aufrechnungserklärung umfasst oder nicht. Mit Recht sagt dazu Nussbaum:[3]) „Grade dadurch, dass die Theorie den Streitpunkt hinsichtlich der Natur der prozessualen Aufrechnung im Anschluss an § 81 Z. P. O. erörtert und die prinzipielle Frage von der Auslegung des § 81 nicht geschieden hat, ist die Erkenntnis des Richtigen wesentlich erschwert worden." — Die Prozessvollmacht umfasst Prozesshandlungen, also auch den auf die vollzogene Aufrechnung gegründeten Einwand der Tilgung, der eine Prozesshandlung ist, nicht aber die Aufrechnungserklärung, die nach uns nur Rechtsgeschäft ist. Doch sieht man in einer solchen Auffassung unerträgliche Zustände. Denn es könne doch vorkommen, dass der Anwalt des Klägers, der an sich nicht befugt sein solle, Aufrechnungserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, eine solche Erklärung des gegnerischen Anwalts wegen mangelnder Vollmacht zurückweisen und sich die Vollmacht dazu auch nicht verschaffen werde. Das ist aber, m. E., gar nicht nötig. Im Parteiprozess kann die Partei der anderen gegenüber im Gerichtssaal die Erklärung abgeben und sich sodann auf sie berufen, um den Einwand der Tilgung zu erheben. Im Anwaltsprozess kann der Anwalt die von seinem Mandanten unter-

[1]) Vgl. die Anm. 23 Zitierten.
[2]) Vgl. Walsmann im A. f. z. P. 102, 123.
[3]) Prozesshandlungen . . ., S. 76.

schriebene Aufrechnungserklärung der Gegenpartei zustellen lassen und sich dann im Termin auf sie berufen. Zu grosse Opfer verlangt danach unsere Ansicht nicht, sollte aber ein solches Vorgehen in der Praxis wirklich zu Unträglichkeiten führen — was uns jedoch nicht einleuchtet —, so wäre allerdings eine Aenderung des § 81 Z. P. O. erwünscht, denn seine jetzige Fassung gestattet nur die Auslegung, die wir eben vertreten haben.[1])

Wir halten also an dem Prinzip fest: „die Aufrechnungserklärung ist immer und überall nur Rechtsgeschäft". Aber wie jede Regel verträgt auch unsere Theorie Ausnahmen. Vor allem ist zu betonen, dass man in jedem Falle prüfen muss, ob die Partei ein Rechtsgeschäft hatte vornehmen wollen oder nicht, ob sie wirklich durch ihre Erklärung die Forderungen tilgen oder z. B. nur mit ihrer Gegenforderung drohen und so den Gegner vor Klageerhebung abschrecken oder auch zur Zurücknahme der Klage zwingen wollte. Der Gesetzgeber kann nicht aus eigener Machtvollkommenheit den menschlichen Willenserklärungen den rechtsgeschäftlichen Charakter aufdrängen, sondern sie nur als Rechtsgeschäfte anerkennen, wenn die Partei solche vornehmen wollte. Von diesen Gedanken ausgehend, finden wir die erste Ausnahme von der Regel, nämlich den Fall, wo die Partei den Richter ersucht, in ihrem Namen zu kompensieren, falls die Klage nicht zurückgenommen oder auf andere Weise hinfällig werden würde.[2]) Theoretisch ist dieser Fall möglich und wird durch das B. G. B. nicht ausgeschlossen, denn die Partei kann die tilgende Erklärung durch jeden Bevollmächtigten, also auch durch den Richter, abgeben. Doch praktisch scheint uns der Fall selten zu sein, da die Partei in solchen Fällen eher zur Eventualaufrechnung greifen würde. Immerhin ist dieser Fall ein Beweis dafür, dass die Kompensationseinrede blosse Prozesshandlung sein kann. Die zweite Ausnahme von der Regel ist der Fall der Eventualaufrechnung, wo die Kompensationseinrede Prozesshandlung und Rechtsgeschäft zugleich ist: sie ist ein Rechtsgeschäft,

[1]) Vgl. Ecks Vorträge, S. 372 n. 4.

[2]) R. Leonhard in Ecks Vorträgen, S. 360 n. 3, S. 368 n. 2.

weil sie, wenn auch unter einer conditio iuris, auf Aufhebung des bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtet ist,[1]) und zugleich eine prozessuale Einwendung, also Prozesshandlung. Im praktischen Leben wird die Eventualaufrechnung häufiger vorkommen als die sofort tilgende Aufrechnungserklärung im Sinne des § 388 B. G. B., da man seine Forderung erst als letztes Verteidigungsmittel, also erst dann, wenn alle anderen versagen, preisgeben wird.[2])

Diese beiden Fälle betrachten wir als Ausnahmen von der Regel und halten sonst an unserer Theorie fest und verwerfen die beiden anderen Ansichten, deren Berechtigung wir jetzt prüfen wollen.

II. Zuerst die Ansicht:

„Die im Prozess vorgenommene Aufrechnung ist nur Prozesshandlung."

Wir folgen hier dem Gedankengange ihres Hauptvertreters Kohlers,[3]) dem andere, z. B. Wach,[4]) Seuffert,[5]) Bunsen,[6]) Schneider,[7]) gefolgt sind. Kohler meint:

„Zweifellos können zivilistische Rechtswirkungen durch prozessuale Handlungen erregt werden; denn Rechtshandlungen, die sonst dem Zivilrecht angehören, können in den Prozess hineingezogen und dadurch zu Teilen des Prozesses werden. Was aber Teil des Prozesses ist, verliert seine ursprüngliche Natur, wird prozessual und muss sich nach den Regeln des Prozesses behandeln lassen. Der Prozess kann nur solche Bestandteile dulden, die sich ihm fügen und die als homogene Teile sich seinem Wesen anschmiegen . . . Solche Rechtshandlungen werden daher Teile des Prozesses und nehmen seine

---

[1]) Vgl. S. 34 der Arbeit, auch Fr. Leonhard im A. f. b. B. 21, 171.

[2]) Vgl. R. Leonhard l. c., S. 371 n. 1.

[3]) Z. Z. P. 20, 15, 24, 17, 29, 1 ff.; Lehrbuch des B. R. I. 216; Holtzendorfs Enzyklopädie I, 670 und II, 116.

[4]) Z. Z. P. 27, 14.

[5]) Kommentar, § 145, 4a.

[6]) Z. Z. P. 34, 402.

[7]) Z. Z. P. 31, 271.

Natur an, ebenso wie der eingebaute Stein Teil des Hauses wird und seinem Rechtsschicksal unterliegt.[1])

Die Folge davon ist: wie jede Prozesshandlung ist auch die Aufrechnung vom Prozess abhängig, sie steht und fällt mit der Giltigkeit des Prozesses. Wird die Klage zurückgenommen, so erlöschen alle Wirkungen der erklärten Aufrechnung. Auch ist die Aufrechnung samt ihren zivilistischen Wirkungen in derselben Weise wie jede andere Prozesshandlung widerruflich.

Kohler führt zur Begründung seiner Ansicht eine sehr bestechende Sprache, aber eine genauere Prüfung seiner Ausführungen wird die Unhaltbarkeit dieser Theorie beweisen.

Er kennt eine besondere Aufrechnung im Prozess, aber weder das B. G. B. — die §§ 209, 215 haben wir oben daraufhin geprüft — noch die Z. P. O. geben eine Stütze für den so scharf herausgearbeiteten Gegensatz zwischen der zivilistischen und prozessualen Aufrechnung ab: beide kennen eine besondere Aufrechnung im Prozess nicht, die Voraussetzungen und Wirkungen sind bei beiden dieselben, bei der zivilistischen wie bei der prozessualen Aufrechnung. Nach Kohler ist die prozessuale Aufrechnung Prozesshandlung und zwar nur Prozesshandlung. Dass diese Ansicht im Widerspruche zum Gesetze steht, zeigten unsere Ausführungen bei der ersten, von uns vertretenen Ansicht. — Es führt auch die Ansicht Kohlers zu unerträglichen Konsequenzen. Die prozessuale Aufrechnung soll als Prozesshandlung von der Giltigkeit des Prozesses abhängen, mit ihm stehen und fallen, sodass bei einer Zurücknahme der Klage alle Wirkungen der erklärten Aufrechnung erlöschen. Nun ist aber die Aufrechnung nach B. G. B. ein einseitiges Rechtsgeschäft, aber auch die Mahnung, Kündigung, Anfechtung u. a. sind nach B. G. B. einseitige Rechtsgeschäfte: von ihnen müsste also, wenn sie im Prozess vorgenommen werden, dasselbe gelten, was nach Kohler von der Aufrechnung gilt, weil für diese keine besondere Bestimmungen gegeben sind; dieser Ansicht wird aber selbst Kohler nicht sein, obwohl sie nur die logische Folge seiner Theorie ist.

[1]) Z. Z. P. 29, 1.

Das materiellrechtliche Institut der Mahnung kann der Schuldner auch durch Klageerhebung vornehmen; wird die Klage nun zurückgenommen, so müsste nach Kohlers Theorie die Mahnung in sich zusammenfallen und der gemäss § 284 B. G. G. herbeigeführte Verzug des Schuldners wegfallen. Diese Rechtsfolge bleibt aber trotzdem bestehen. Wohin würden wir auch kommen, wenn materiell fertige Rechtsgeschäfte auf einmal ihre Wirksamkeit verlieren sollten, weil der Prozess nicht zu Ende geführt wurde; denken wir z. B. an die Anfechtung, die binnen einer bestimmten Zeit erfolgen muss; sie ist in einem Prozess innerhalb der vorgeschriebenen Zeit erfolgt, aber, da die Klage zurückgenommen wurde, verliert die Anfechtung — nach Kohler — ihre Wirkung und der Schuldner steht wehrlos da, weil er sie wegen Zeitablaufes nicht mehr wiederholen kann! —

Prozesshandlungen können weiter widerrufen werden, also könnte auch die Aufrechnung, die nach Kohler eine Prozesshandlung ist, einseitig widerrufen werden. Vorschriften über eine so stark abweichende Behandlung der prozessualen Aufrechnung finden wir aber weder im B. G. B. noch in der Z. P. O. und aus „allgemeinen Grundsätzen" kann das Kohler unmöglich ableiten. — Auf die Vergleiche Kohlers, die er zur Begründung seiner Theorie heranzieht, wollen wir nicht eingehen, sie sind genügend von Abraham besprochen[1]) und widerlegt.

Nach allen diesen Ausführungen ist Kohlers Theorie unhaltbar und wird heute fast allgemein verworfen.

III. Wir kommen zur dritten Ansicht, die eine vermittelnde Stellung zwischen den beiden ersteren einnimmt, aber auch zu verwerfen ist. Man behauptet:

„Die im Prozess abgegebene Aufrechnungserklärung ist Rechtsgeschäft und Prozesshandlung zugleich."

Diese Ansicht ist als die in Theorie und Praxis herrschende anzusehen.[2]) — Nach unseren bisherigen Aus-

[1]) S. 36, 37.

[2]) Vgl. z. B. Weismann, Z. Z. P. 26, 17; Engelmann-Förster, Kommentar, § 145 n. 7; Gaupp-Stein, Kommentar, § 145, VI b; Dernburg, B. R., § 124, III; Crome, System d. bürg. R., S. 302; Schollmeyer, Recht d. Schuldverh., § 387; auch R. G. 63, 412.

führungen kann die prozessuale Aufrechnung nicht Prozesshandlung sein, doch hören wir, wie die Anhänger dieser Theorie ihre Stellung zu rechtfertigen suchen. Wir zitieren hier nur Abraham und Schollmeyer. — Abraham meint[1]):

> „die Aufrechnung sei bestimmt, die Abweisung der Klage herbeizuführen. Im Prozess richte sie sich nicht nur an den Kläger, sondern auch an das Gericht. Ihre prinzipale Funktion im Prozess sei ihre Eigenschaft als Verteidigungsmittel."

Demgegenüber ist festzustellen:

1. die Aufrechnung kann als materielles Rechtsgeschäft die Abweisung der Klage nicht herbeiführen, erst der auf sie gegründete Einwand der Tilgung, der eine Prozesshandlung ist;
2. im Prozess wendet sich die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nur an die Partei, nicht an den Richter, für diesen ist sie belanglos;
3. ihre prinzipale Funktion ist immer, auch im Prozess, die Tilgung der Forderungen herbeizuführen; Verteidigungsmittel kann die Erklärung nie sein, erst der Einwand der Tilgung, der auf der Erklärung beruht.

Ein anderer Vertreter dieser Ansicht, dem auch Pietsch gefolgt ist, ist Schollmeyer; dieser meint[2]):

> „Zunächst ist das Vorbringen der zur Begründung der Aufrechnung erforderlichen tatsächlichen Behauptungen jedenfalls Prozesshandlung. Dieses Vorbringen bezweckt aber in Verbindung mit der Aufrechnungserklärung selbst, die Abweisung der Klage herbeizuführen, und so ist die im Prozess abgegebene Aufrechnungserklärung zugleich Prozesshandlung."

Demgegenüber ist zu betonen, dass die Aufrechnung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, zu dessen Vollzug nur die Abgabe der einseitigen Willenserklärung, aber kein Vorbringen von Tatsachen erforderlich ist. Die im Prozess vorgebrachten

[1]) S. 33.

[2]) Recht der Schuldverhältnisse, § 388; Pietsch, S. 36.

tatsächlichen Behauptungen in bezug auf die Aufrechnung dienen nur dazu, um den Einwand der Tilgung zu beweisen.

Wir glauben, die Argumente der Gegner entkräftet zu haben, halten es aber weiter für sehr bedenklich, in einer Erklärung zugleich Prozesshandlung und Rechtsgeschäft zu erblicken, und als eine Ausnahme betrachten wir den Fall, wo die Klageerhebung auch zugleich Mahnung ist. Wir erinnern nur an die grosse Verschiedenheit der Prozesshandlungen und Rechtsgeschäfte hinsichtlich der Gründe ihrer Ungiltigkeit und der Art der Geltendmachung dieser Ungiltigkeit. Ferner fragen wir, nach welchen Vorschriften soll sich die einheitliche Handlung richten? nach denen das B. G. B. oder der Z. P. O.? Darüber schweigen alle, wie Walsmann selbst zugibt.[1]) Auch er gibt, m. E., keine befriedigende Lösung der Frage, denn die logische Folge seiner Konstruktion ist die, dass er sich zu der von uns vertretenen Ansicht bekennen müsste.

III. Wirkung der Aufrechnung gegenüber dem Vollstreckungstitel.

Wir haben festgestellt: die prozessuale Aufrechnung bleibt reines Rechtsgeschäft; sie kann demnach nicht durch das rechtskräftige Urteil, das nur Prozesshandlungen ausschliesst, präkludiert werden. Da aber der Prozess schon für immer beendet ist, so ist allerdings nur noch die zivilistische Aufrechnung möglich. Nun ist nach § 704 Z. P. O. das rechtskräftige Urteil ein Vollstreckungstitel und dieser ist der Träger der Zwangsvollstreckung. Für die Entstehung des Vollstreckungstitels ist der materielle Anspruch unbedingt nötig, mit der Entstehung wird aber der Vollstreckungstitel selbständig, von seinem „zivilistischen Untergrunde losgelöst“[2]) und unabhängig. Denn einerseits kann der materielle Anspruch noch nicht endgiltig festgestellt sein, trotzdem kann ein Vollstreckungstitel bestehen, — Beispiel: das vorläufig vollstreckbare Urteil § 708 Z. P. O. — ander-

[1]) A. f. z. P. 102, 127.

[2]) Gaupp-Stein, Kommentar, § 767, I.

seits der Vollstreckungstitel, d. h. die Urkunde untergehen, aber der materielle Anspruch bleibt, und endlich kann der materielle Anspruch untergehen, wie es z. B. durch die Aufrechnungserklärung des verurteilten Schuldners geschieht, aber der Vollstreckungstitel bleibt bestehen.

Weil aber der Vollstreckungstitel trotz der Aufrechnung seitens des Schuldners bestehen bleibt, so kann der siegreiche Kläger die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des verurteilten Schuldners betreiben. — Doch muss man bedenken, dass auch nach dem Urteile Umstände eintreten können, z. B. Zahlung, welche die Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers nicht mehr rechtfertigen; es muss demnach ein Mittel geben, diese Befugnis des Gläubigers, die im Vollstreckungstitel wurzelt, zu vernichten. Dazu dient der § 767 Z. P. O., er lautet:

I. „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht erster Instanz geltend zu machen.

II. Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemässheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

III. Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war."

Mit diesen Bestimmungen des § 767 haben wir uns jetzt des Näheren zu beschäftigen.

§ 7.

B. Die Vollstreckungsgegenklage.

I. Begriff der „Einwendung".

Die Klage aus § 767 Z. P. O. wird allgemein Vollstreckungsgegenklage genannt; dieser Name stammt von

Kohler[1]) und hat sich in Theorie und Praxis fest eingebürgert. Ueber den rechtlichen Charakter der Klage herrscht noch heute Streit; man hat alle möglichen Konstruktionen versucht,[2]) wir betonen hier nur kurz, dass wir sie als einen prozessualen Rechtsbehelf eigener Natur auffassen.[3]) Die Klage kann schon beim Drohen der Zwangsvollstreckung erhoben werden, der Schuldner braucht also nicht ihren Beginn abzuwarten; ausgeschlossen ist sie bei schon erfolgter Exekution. Sie ist dem Schuldner als letztes Verteidigungsmittel in die Hand gegeben, wenn er sich auf andere Weise nicht mehr wehren kann. Sie enthält eine Reihe von Beschränkungen, um dem Schuldner nicht Gelegenheit zu geben, unberechtigter Weise zur Verschleppung der Zwangsvollstreckung zu führen.

Wir wollen zunächst untersuchen, was wir unter „Einwendungen, von denen § 767 im ersten Absatze spricht, zu verstehen haben. Gehen wir vom B. G. B. aus, wo uns die Begriffe „Einrede" und „Einwendung" geläufiger sind. Unter „Einrede" des B. G. B. versteht man „das Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern,"[4]) unter „Einwendung" dagegen „jede Widerspruchsbehauptung, insbesondere diejenige, welche das Nichtentstandensein oder Erloschensein des Anspruchs behauptet."[5]) — Diese Begriffe des B. G. B. sind aber von denen der Z. P. O. verschieden: einerseits sind die Begriffe der Z. P. O. weiter,[6]) anderseits sind sie nur „Behauptungen, deren Begründetsein dahingestellt bleibt", während die Begriffe des B. G. B. wirklich bestehende privatrechtliche Tatbestände sind.[7])

Unter „Einrede" der Z. P. O. versteht man „das Behaupten aller rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tat-

[1]) Z. Z. P. 29, 14.

[2]) Neuestens Geib, Rechtsschutzbegehren . . ., S. 120.

[3]) Vgl. Weismann, Lehrbuch II, 96 ff.

[4]) Fischer-Henle, Handkommentar, § 202 n. 5; die Aufrechnungssituation ist also keine Einrede!

[5]) Engelmann, B. R., S. 145; Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 101: „allgemeine Bezeichnung für Mängel der Berechtigung."

[6]) z. B. Zahlung ist Einrede im Sinne der Z. P. O., nicht des B. G. B.

[7]) Fischer l. c., S. 101; Friedenthal, Einwendung u. Einrede, S. 12.

sachen, die zur Abweisung der Klage führen sollen,“[1]) unter „Einwendung“ der Z. P. O. „alle widersprechenden Erklärungen, die der Beklagte überhaupt der Klage entgegensetzen kann“,[2]) also „Bemängelungen jeder Art.“[3]) Daher spricht die Z. P. O. immer von Einwendungen gegen das und das, niemals von „Einwendung“ im technischen Sinne.

Der so weite Begriff der prozessualen Einwendung umfasst auch den engeren Begriff der prozessualen Einrede. Eine prozessuale Einrede ist aber die Geltendmachung der vollzogenen Aufrechnung jedenfalls, da sie ein Behaupten von rechtsvernichtenden Tatsachen ist, sie fällt somit auch unter den weiteren Begriff der prozessulen Einwendung.

§ 767 spricht von „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen,“[4]) zu diesen ist auch die auf der vollzogenen Aufrechnung beruhende Einwendung der Tilgung zu rechnen.

II. Die Aufrechnungserklärung ist der Grund, auf dem die Einwendung beruht.

Nach dem zweiten Absatz des § 767 sind „Einwendungen nur insoreit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung . . . entstanden sind.“

Wir haben also zu prüfen, welches der Grund der Einwendung in unserem Falle ist. Wir müssen davon ausgehen, dass die Aufrechnungsmöglichkeit in keiner Weise die Forderungen affiziert, dass erst durch den Hinzutritt der Erklärung der rechtliche Erfolg, die Tilgung der Forderungen, eintritt. Zwar meint Enneccerus[5]) — früher auch Endemann[6]) — dass die Forderungen mit dem Gegenübertreten kraft Gesetzes getilgt würden, sodass die Erklärung nur deklaratorisch wirke, doch ist diese Ansicht, die dem § 388 B. G. B. widerspricht, ohne weiteres zu verwerfen.

[1]) Friedenthal, l. c., S. 17.
[2]) Friedenthal l. c., S. 13.
[3]) Fischer l. c., S. 98.
[4]) Gegensatz zum § 767 ist z. B. § 766 Z. P. O.
[5]) Lehrbuch I, 744.
[6]) Vgl. Lehrbuch, S. 824, Anm. 19.

Wenn wir den Zusammenhang zwischen Aufrechnungsmöglichkeit und der Einwendung der Tilgung bildlich darstellen wollten, so könnten wir wohl sagen: die Aufrechnungsmöglichkeit ist das Fundament eines Hauses und auf den Mauern, welche die Aufrechnungserklärung bildet, baut sich der Einwand der Tilgung auf, er ist das Dach, das nur auf den Mauern, nicht gleich auf dem Fundament ruhen kann. Von dieser Auffassung ausgehend, müssen wir feststellen, dass der Einwand unmittelbar auf der Aufrechnungserklärung fusst, diese gibt den Ausschlag, und so lange sie nicht abgegeben ist, kann keine Einwendung erhoben werden; somit ist der Grund, auf dem in unserem Falle die Einwendung beruht, die Aufrechnungserklärung.

Wenn aber die Erklärung erst nach dem rechtskräftigen Urteil abgegeben wird, der Grund der Einwendung also erst nach der letzten mündlichen Verhandlung § 278 Z. P. O. entstanden ist und auch durch Einspruch[1]) nicht mehr geltend gemacht werden kann, da das Urteil rechtskräftig geworden ist, so sind die beiden Erfordernisse des zweiten Absatzes des § 767 erfüllt, die Vollstreckungsgegenklage ist zulässig.[2])

Dies scheint uns die einfachste Konstruktion zu sein. Trotzdem steht eine Anzahl Schriftsteller[3]) auf einem anderen, m. E. bedenklichen, Standpunkte; hier finden wir auch das Reichsgericht.[4]) Sie erklären: die Aufrechnungsmöglichkeit sei der Grund, auf dem die Einwendung beruhe.

[1]) Gedacht ist an ein Versäumnisurteil.

[2]) Auf diesem Standpunkt stehen: Planck, Kommentar, § 389 n. 3; Staudinger, Kommentar, § 389 n. 5; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, § 389; Struckmann-Koch, Kommentar, § 767; Weismann, Z. Z. P. 26, 24, Lehrbuch II, 100; Endemann, Lehrbuch, S. 840 n. 3; Hellmann in K. V. J. S. 40, 102; Könnemann in P. M. 3, 33; Crome, Lehrbuch, S. 300 n. 7; Fr. Leonhard, Aufrechnung, S. 156; R. Leonhard in Ecks Vorträgen, S. 378; Siber, Kompensation, S. 115; Förtsch in Gruchots B. 42, 229; Betzinger in Badische R. P. 1900, S. 155; Wilmowski-Levy, Kommentar, § 686.

[3]) Gaupp-Stein, Kommentar, § 767; Seuffert, Kommentar, § 767 n. 3; Sydow-Busch, Handkommentar, § 767 n. 6; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 247; Falkmann, Zwangsvollstreckung, S. 103; Eccius in Gruchots B. 42, 255; Geib, Rechtsschutzbegehren, S. 128 n. 3.

[4]) J. W. 1894, S. 120 nr. 12; 1902, S. 531; 1904, S. 96 nr. 23. — Aus der Praxis: O. L. G. Dresden S. A. VII, 577; VIII, 765.

Eine eigentliche Begründung dieser Ansicht finden wir in den Reichtsgerichtsentscheidungen nicht, es beruft sich auf die ratio legis, aber das ist schon das ultimum refugium, wenn man keine sachliche Gründe finden kann, die es hier, m. E., auch gar nicht gibt. — Hören wir noch die Begründung von Abraham und Pietsch, die auch im feindlichen Lager stehen. — Abraham meint[1]):

> „Man darf jedenfalls nur so formulieren: eine der Voraussetzungen des Aufrechnungseinwandes sei nach dem massgebenden Zeitpunkt eingetreten; vor der Aufrechnungserklärung habe es an einer Voraussetzung des Einwandes gefehlt."

Schon Pietsch hat die schwache Stelle dieses logischen Aufbaues gefunden, denn solange es auch nur an einer Voraussetzung des Einwandes fehlt, ist der Grund, auf dem er beruht, nicht entstanden; demnach müsste auch Abraham bei logischer Schlussfolgerung sich für die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage entscheiden. Also auch bei dieser fast vermittelnden Stellung kommen wir zu dem in der Arbeit vertretenen Resultat; wir gehen aber weiter und betonen, dass der Einwand sich direkt nur auf der Erklärung aufbaut, die ihrerseits wieder auf der Aufrechnungssituation basiert.

Der Gedankengang Pietsch' ist folgender[2]):

> „Da die Aufrechnungserklärung in ihrer Wirksamkeit durch das Vorhandensein der Aufrechnungsmöglichkeit bedingt ist, ist für die Einwendung der Aufrechnung in diesem Falle zweifellos auch die Aufrechnungsmöglichkeit die massgebende Grundlage und der Zeitpunkt ihrer Entstehung massgebend für den Ausschluss oder nachträgliche Geltendmachung im Wege der Vollstreckungsgegenklage."

Diese Schlussfolgerung will uns jedoch nicht einleuchten, sie führt ad absurdum. Nehmen wir ein Beispiel; nach Pietsch könnte man ebensogut sagen: die Beerbung eines Menschen ist die Folge seines Todes, der Tod eines Men-

[1]) S. 28.
[2]) S. 41.

schen setzt aber immer dessen Geburt voraus, also ist die Beerbung eine Folge der Geburt! — Die Ansicht Pietsch' stimmt wohl für das gemeine Recht, wo die Aufrechnungssituation eine Einrede erzeugte, nicht aber für das B. G. B., das, wie wir oben gezeigt haben, auf einem anderen ganz anderen Standpunkte steht. Grundsätzlich schreibt das B. G. B. nur der Aufrechnungserklärung rechtliche Wirkungen zu; wo eine solche ausnahmsweise auch der Aufrechnungssituation zukommen soll, wird im Gesetz ausdrücklich bestimmt,[1]) doch werden diese wenigen Ausnahmestellen von den Gegnern zur Begründung ihrer Ansicht verwertet! Mit ihrer Betonung der Wichtigkeit der Aufrechnungsmöglichkeit kommen sie aber sehr nahe heran an die Ansicht von Enneccerus[2]) und würdigen zu wenig den klaren und bestimmten Wortlaut des § 388 B. G. B.

III. Schluss. Allgemeine Ergänzungen.

Die hier vertretene Ansicht wollen wir zum Schluss noch vom Standpunkte der Billigkeit rechtfertigen. Pietsch begründet seine Auffassung, dass nach Rechtskraft des Urteils die Aufrechnung nicht mehr zulässig sei, damit, dass man ungern die Energie der Zwangsvollstreckung lähme, und weist auf die in den drei Absätzen des § 767 enthaltenen Beschränkungen der Zulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage hin. Es soll der Gläubiger möglichst schnell zu seinem Rechte kommen und jede ungerechtfertige Verschleppung der Zwangsvollstreckung seitens des Schuldners verhindert werden. Diese Gedanken sind in ihrer Allgemeinheit richtig, doch fordert, m. E., unser Fall eine Ausnahme von der Regel. Denn der siegreiche Kläger war auch Schuldner und dolos hat er gehandelt, wenn er, statt selbst aufzurechnen, den anderen verklagte und vielleicht durch ein Versäumnisurteil verurteilen liess. Die Schuld an der nicht erfolgten Aufrechnung liegt also auch auf seiner Seite, und deswegen darf er dem verurteilten Schuldner gegenüber nicht bevorzugt werden. Pietsch vertröstet den Schuldner mit einer Bereicherungs-

[1]) Vgl. B. G. B. § 770 II, 1137, 1211.
[2]) Vgl. S. 56 der Arbeit.

klage, doch muss er zugeben, dass dieses Mittel dem Schuldner die gepfändeten Gegenstände und vielleicht auch die in seinem Kredit und weiteren Fortkommen erlittenen Verluste nicht gänzlich ersetzen kann; möglich ist ja auch, dass der Gepfändete mit seiner Bereicherungsklage nichts erreicht, da der Gegner vermögenslos ist. — Pietsch meint weiter:

> „Die Möglichkeit, dass ein materiell unrichtiges Urteil zur Vollstreckung gelange, erscheint gegenüber der Gefahr der endlosen Prozessverschleppung als das geringere Uebel.“[1])

Wie die Römer unseren Fall behandelt hätten, haben wir im § 2 der Arbeit gesehen, und unser heutiges Recht, das ein Gebilde langer Entwickelung und hoher Kultur ist, kann unmöglich hinter dem römischen Rechte zurückbleiben und den Satz „summum ius, summa iniuria“ zum Prinzip erheben. Im Gegenteil, auch für uns muss immer noch der Satz des römischen Juristen Paulus[2]) gelten:

> „In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est.“

Diese „aequitas“ lässt sich aber keineswegs mit der Ansicht Pietsch' in Einklang bringen, die direkt das Gegenteil besagt. — Wenn es noch auf die Strafe des Schuldners ankommt dafür, dass er im Prozess nicht aufgerechnet hat, so meinen wir, er ist genug bestraft, wenn er die nicht unbeträchtlichen Gerichtskosten zahlen und die Vollstreckungsgegenklage anstellen muss.

Wenn wir jetzt zum Schluss unser Resultat kurz zusammenfassen sollen, so stellen wir fest:

> Den Grund, auf dem die Einwendung beruht, bildet die Aufrechnungserklärung. Wurde dieselbe erst nach der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil erging, abgegeben, so ist eine nachträgliche Geltendmachung der jetzt erst — nach Rechtskraft des Urteils — erfolgten Aufrechnung im Wege der Vollstreckungsgegenklage zulässig.

---

[1]) S. 49.

[2]) l. 90 D. 50, 17.

Lebenslauf.

Ich, Kasimir Roman Gutsche, kathol. Konfession, preuss. Staatsangehöriger, wurde am 5. Februar 1888 als der Sohn eines Brennerei-Verwalters zu Budzyn, Kreis Schrimm, geboren. Nach anderthalbjährigem Besuche der städtischen Mittelschule zu Posen (1895—97) ging ich Ostern 97 an das Kgl. Marien-Gymmnasium zu Posen über und verliess es zu Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife. Ich bezog gleich die Universität Breslau und studierte mit einer halbjährigen Unterbrechung Rechtswissenschaften; ich hörte die Vorlesungen der Herren:

Abicht, Baumgartner, Bernecker, Brie, Dahn, Dierschke, Ebers, Engelmann, Fischer, Gretener, v. Hase, Heilborn, Hönigswald, Klingmüller, Kühnemann, Leonhard, H. Meyer, Muther †, Preuss, Riesenfeld, Schott, v. Wenckstern, Wolf.

Nach 6 Semestern verliess ich die Universität und bestand am 9. Dezember 1909 am Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Prüfung und am 22. Februar 1910 das examen rigorosum. — Zum Schluss möchte ich Herrn Geheimrat Leonhard für das mir gezeigte Wohlwollen, sowie für die mir bei endgiltiger Abfassung der Arbeit gütigst erteilten Ratschläge meinen verbindlichsten Dank aussprechen.